

PROBLEMATICA DEL CRIMEN ORGANIZADO Y LAVADO DE DINERO EN EL MERCOSUR(*)

por

Miguel Langon Cuñarro

Perspectivas y Problemas del Crimen Organizado y Lavado de Dinero en el MERCOSUR.Conclusiones

1. Quisiéramos que los problemas los tuviera el crimen organizado y que las perspectivas en el ámbito del MERCOSUR fueran óptimas para los Estados y pésimas para las redes criminales.

2. En orden a la obtención de resultados concretos con los fines mencionados, es necesario, me parece, encarar las cosas como son en la realidad y responder a los desafíos que ésta plantea, con eficacia, inteligencia y una buena dosis de pragmatismo, del que, en no pocas ocasiones, solemos carecer en estas patrias del sur

3. Aquí se expondrá, por el resto de los panelistas, con toda brillantez, el estado de situación, que respecto de la problemática que nos ocupa, se vive en cada uno de nuestros países, por lo que nuestro trabajo se concentrará en dos áreas principales:

- a) la regulación marco que nos hemos dado en el ámbito internacional y regional, y,
- b) la realidad uruguaya y el proyecto de reforma de la vieja ley de estupefacientes y drogas peligrosas que se discute actualmente en nuestro Parlamento.

4. Colocándonos en una posición de tolerancia cero a las drogas (salvo el caso del consumidor), formularemos un claro pronunciamiento respecto de la necesidad de debatir intensamente, y aprobar en consecuencia, leyes de excepción, para responder eficazmente a este tipo de criminalidad organizada, expresión de alguna de las formas más odiosas de la llamada macrocriminalidad. De este estudio resultará muy claramente, creemos, una tendencia en tal sentido, no explícita pero muy clara, por parte del legislador uruguayo, plasmada en una serie de disposiciones legales ya vigentes y en proyectos de ley de inminente aprobación.

5. Las conductas de lavado de activos se enmarcan, sin esfuerzo, dentro de la llamada criminalidad de los poderosos, y específicamente en los márgenes del crimen organizado, entendiéndolo por tal a cualquier grupo que cuente con cierta estructura formal, cuyo objetivo principal sea obtener ganancias a través de actividades ilícitas; que se caracteriza por mantener su posición mediante el empleo de la violencia o de la amenaza de ella, por la corrupción

(*) Escuela Nacional de Inteligencia. Buenos Aires, 3, 4, 5 de junio 1998.

de funcionarios públicos, el uso de prácticas extorsivas y de medios ilegales e inmorales, y cuya actuación produce en definitiva un impacto significativo respecto de la sociedad global, la región y el país de que se trate¹.

6. Conforme con esta definición, la Convención de Viena de 1988 ha establecido que la producción, la demanda y el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas “*representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad*”, y que, vinculadas al tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, “*socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados*”².

7. La actividad criminal desarrollada en torno a la producción y tráfico de drogas, según la propia Convención, “*genera grandes rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos los niveles*”, por lo que la Comunidad internacional se declaró decidida “*a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad*”.

8. En el área latinoamericana se dijo expresamente en la Declaración de Ixtapa, marcando la gravedad de estos delitos, que algunos llegan a definir como de lesa humanidad³, que los mismos ponen en peligro a “*sus pueblos, sus instituciones democráticas y sus economías*”, porque son “*actividades que siembran la corrupción y la violencia, cada vez más vinculadas con el tráfico clandestino de armas, el terrorismo y la subversión*”, constituyendo “*una grave amenaza ...al Estado de Derecho*”⁴.

9. De allí derivó la necesidad de dictar reglamentos modelo que establecieran el control tanto sobre los precursores químicos como, en lo que nos interesa especialmente ahora, en lo referente al lavado de activos financieros, lo que se efectivizó en el año 1992, con la aproba-

(1) Pennsylvania Crime Commission, (1991). “*Organized Crime in Pennsylvania: a decade of change- 1990 Report*”. Conshohocken: Commonwealth of Pennsylvania.

(2) “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”. Aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria celebrada el 19.12.1988, y en vigencia desde el 11.11.90. Uruguay la ratificó por Ley No. 16.579 de 21.9.94.

(3) La ley boliviana No. 1008 de 19.7.88, art. 145, considera al narcotráfico como “*un delito transnacional de lesa humanidad y contrario al derecho internacional*”. El art. 5 inc. XLIII, de la Constitución brasileña de 1988 proclama que “*la ley considerará crímenes inafianzables e insusceptibles de gracia o amnistía...al tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines...*”, poniendo muy en claro de manifiesto la gravedad que atribuye a tales comportamientos antisociales.

(4) “Declaración y Programa de Acción de Ixtapa”, México, abril de 1990, pronunciada en la Reunión Ministerial sobre el Consumo, la Producción y el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas- Alianza de las Américas Contra el Narcotráfico, y aprobada por la Asamblea General de la OEA en el vigésimo período de sesiones ordinarias celebrada en Asunción. Paraguay el 4.6.90. En el mismo sentido se pronuncia la Asamblea General de las Naciones Unidas en su decimoséptimo período de sesiones en su “Declaración Política y Programa Mundial de Acción”, Res.22.2.90.

ción del Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos⁵.

10. Como consecuencia del llamado Plan de Acción de Buenos Aires⁶ se modificó, por primera vez el Reglamento Modelo incorporándose, como elemento crucial de control, las Unidades de Inteligencia Financiera⁷, y también se dispuso incorporar a la agenda de trabajo de la CICAD, el seguimiento de la realidad a los efectos de establecer la conveniencia de hacer sucesivas modificaciones al Reglamento, para responder más eficazmente a la delincuencia organizada en esta área.

11. En tal sentido, nos interesa destacar en este momento que el Grupo de Expertos, reunido recientemente en Washington, propuso que se tipifique el delito de lavado no sólo referido a los bienes provenientes del tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, sino también a los procedentes de todo delito grave⁸, lo que pone de manifiesto la enorme capacidad de expansión que puede tener este tipo de disposiciones. Esta reforma es sustantiva y obligará, de ser adoptada finalmente, a reformar incluso el nombre del Reglamento.

12. Del Plan de Acción de Buenos Aires y su posterior desarrollo pueden resultar avances en otras áreas tales como la capacitación del personal encargado de las tareas de prevención, represión y juzgamiento; en un mejor control de las operaciones sospechosas a través de una actualizada información sobre tipologías de lavado y, especialmente, en un cambio en las disposiciones del derecho adjetivo, dando entrada en las legislaciones de la región, al uso de técnicas de investigación modernas, como las operaciones encubiertas de la policía, la vigilancia electrónica, la interceptación de comunicaciones, la entrega vigilada de dinero, y las

(5) Elaborado por un Grupo de Expertos (integrado como parte de la Delegación del Uruguay, en varias oportunidades, por el autor de este informe), de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), se aprobó finalmente por la Asamblea General de la OEA en mayo de 1992. Desde entonces ha tenido un fuerte impacto en la legislación de 28 de los 32 países de la región que adaptaron sus legislaciones y reglamentos a dicho modelo. Sólo a partir de 1995 se ha pensado en introducirle modificaciones, que están en plena elaboración, para darle mayor contundencia y efectividad, a la luz de la experiencia adquirida desde entonces.

(6) Este Plan de Acción es el resultado de la reunión celebrada en Buenos Aires, Argentina, por los Ministros con competencia en la materia, en diciembre de 1995, los que propusieron una serie de propuestas nuevas para combatir el lavado de activos, lo que significa reformas sucesivas al Reglamento Modelo, alguna de las cuales se aprobaron ya por la CICAD en Lima, Perú, en noviembre de 1997.

(7) Se incorporó en el vigésimo segundo período ordinario de sesiones, en Perú noviembre de 1997. La reforma supuso la inclusión de un artículo 8 bis) en el Reglamento que dice lo siguiente: "Unidad para la recopilación, análisis y el intercambio de información. Conforme a derecho, cada Estado miembro creará o designará un organismo central, cuyo cometido será recibir, solicitar, analizar y elevar a las autoridades competentes los informes referidos a las transacciones financieras a que refiere este Reglamento, cuando las mismas involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud". En un Anexo que integra el Reglamento se establece que estas unidades pueden adoptar el nombre de unidades de inteligencia, investigación, información o análisis financiero. Las demás reformas introducidas son de adaptación del texto a estas nuevas entidades que se incorporan al art. 11, 1, 2 y 3; 6.6 y 13.2. Cada Estado puede incorporarlas tanto en la órbita de la policía, como en la judicial, la administrativa o mixta.

(8) El Grupo de Expertos reunido en Washington del 12 al 14 de mayo de 1998, propuso considerar como "delitos graves", aquellos que así sean definidos por el ordenamiento jurídico de cada Estado, y en general las actividades ilícitas relacionadas con la delincuencia organizada, terrorismo, tráfico ilícito de armas, personas u órganos, actos de corrupción, fraude, extorsión y secuestro.

operaciones de fachada falsa practicadas por la policía con el propósito de capturar a los delincuentes in fraganti delicto.

13. Es dentro de estas modernas corrientes de pensamiento que cabe ubicar el movimiento de reforma a la legislación vigente en el Uruguay.

Actualmente la materia se rige por el D.L. No. 14.294 de 31.10.74 de Estupefacientes y Psicotrópicos⁹ que fue el resultado de un largo proceso de evolución legislativa, propio de la década de los 70, en la cual se globalizó un nuevo modelo, propuesto en no poca medida por los gobiernos centrales, y que tenía, como uno de los pilares básicos de la lucha contra este tipo de delitos, la armonización de las diferentes legislaciones, con miras, entre otras cosas, a promover una más intensa cooperación jurídica internacional.

14. Con una técnica diferente de la común para los países del área, tomada del derecho anglosajón, y caracterizada por la profusión de verbos nucleares, se configuraron los que yo he denominado como delitos clásicos o tradicionales de estupefacientes, que comprenden las diferentes etapas de producción, elaboración, tenencia, negociación, organización, introducción, tránsito, facilitación, suministro, etc., de las sustancias contenidas en Listas que se adjuntan a la ley como parte integrante de la misma¹⁰.

15. Junto a este verdadero aluvión de tipos penales, en su afán de no dejar ninguna conducta posible fuera del alcance de la ley, se incluyen en ella verdaderas cláusulas "catch all", tales como el delito de negociar de cualquier modo las materias primas o sustancias de que se trate, el de realizar actividades tendientes a la introducción ilegal de mercaderías en territorio extranjero, y el de violar las disposiciones de la ley¹¹.

16. Las características más salientes de esta ley, en lo que nos importa destacar ahora, son sin duda las disposiciones que parifican el delito tentado (tentativa acabada o no) al consumado, en cuanto al monto de la pena, y establecen la punición del acto preparatorio, con una pena de la tercera parte a la mitad según baremos de gravedad del delito o peligrosidad del autor¹².

(9) La base del sistema de control es el artículo 47 de la Constitución, incorporado en 1934, que establece que "el Estado combatirá por medio de la ley y de las convenciones internacionales, los vicios sociales". Del mismo año es el Código Penal que sólo tipificaba un delito de "comercio de la coca, el opio y sus derivados", dentro de aquellos que atacan la salud pública, figura concebida como de comercio o tenencia de estupefacientes. En 1937 se dictó la primera ley especial de Contralor de Estupefacientes, No. 9692 de 11.9.37. El Decreto Ley vigente se elaboró sobre las bases de la Convención Unica sobre Estupefacientes, de las Naciones Unidas de 1961 y el Protocolo de Ginebra de 25.3.72, ratificados ambos por la Ley No. 14.222 de 11.7.74. Las leyes Nros. 14.369 de 8.5.75 y la No. 14.898 de 23.5.79 ratificaron respectivamente la Convención de Sustancias Sicotrópicas de Nueva York de 1971 y el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Sicotrópicos de Buenos Aires, del 27.4.73. El D.L. vigente fue reglamentado sucesivamente por los Decretos 454/76; 537/78 y 493/85.

(10) Los delitos se estructuran de los arts.30 al 35, como delitos de peligro, contra la salud pública, siendo el exponente más característico de esta forma de legislar el artículo 31 que incluye nada menos que once verbos típicos.

(11) Artículos 31, 33 y 35 respectivamente.

(12) Artículo 37 de la ley. En el Uruguay, la regla general es la de no punir el acto preparatorio salvo disposición expresa que así lo establezca (art. 7 del Código Penal), y la de castigar la tentativa con una pena disminuida de la tercera parte a la mitad (art. 87 C.Penal)

17. Mención especial merece el tratamiento del drogadicto. Entre nosotros es tradicional la postura, ampliamente compartida por los operadores y la dogmática, de no punir la tenencia cuando se trata de una "cantidad mínima destinada exclusivamente al consumo personal"¹³. No hay una presunción de posesión dirigida al tráfico, ni una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo por tanto al Estado acreditar, más allá de toda duda razonable, que la tenencia de cantidad mínima no estaba destinada al consumo, en caso de así alegarlo el sospechoso.

18. Pues bien, más de veinte años después de aprobarse a nivel planetario aquel tipo de legislación, que se expandió por el mundo a partir de la década de los 70, los hechos han demostrado su insuficiencia y la necesidad de un cambio, que permita una mayor eficacia en el combate contra el narcotráfico y delitos conexos.

19. El narcotráfico y los delitos conexos a él, son exponentes de formas de la criminalidad no convencional o macrocriminalidad, tomando la forma del crimen organizado, de tipo mafioso, y vinculado con el tráfico de armas, y ocasionalmente con el terrorismo, lo que pone obviamente en crisis su consideración como un mero asunto de salud pública.

20. Provoca un grave y extendido daño a grandes sectores de la población, contribuye a la superpoblación de las cárceles y hace extremadamente difícil su manejo, genera corrupción y violencia, perturbando el desarrollo económico de los pueblos, comprometiendo el sistema democrático y enriqueciendo fabulosamente a los delincuentes, con lo que se aumenta su poder en un círculo de retroalimentación de desarrollo explosivo, que conduce a una intolerable impunidad, todo lo cual es necesario enfrentar y contener.

21. De lo que se trata no es de revivir utopías en cuanto a la imposible erradicación de la delincuencia, sino, mucho más pragmáticamente, de contener el avance y expansión de este tipo de criminalidad, reducir su impacto a límites aceptables para la convivencia civilizada, de forma y modo que se pueda garantizar una mejor calidad de la vida comunitaria.

22. La aceptación del principio de responsabilidad compartida entre países consumidores y productores, ha sido un buen punto de partida en esa nueva singladura que se apresta a transitar la comunidad internacional en procura del bien común, proponiéndose nuevas incriminaciones, de forma de cumplir, entre otras finalidades, con el principio de doble incriminación (o de doble identidad) en el tercer nivel de cooperación internacional, especialmente en materia de extradición, argumentándose por la necesidad de un derecho penal sustantivo y adjetivo de excepción, que esté de acuerdo con la gravedad del desafío y que pueda superar el estadio de mera legislación simbólica que en buena parte tienen nuestros sistemas¹⁴.

(13) Se estatuye por el art. 31 inc. 2 una clara causa de impunidad, que no permite el castigo, por razones de política criminal, pero que deja subsistente el delito, al establecer "*quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad mínima, destinada exclusivamente a su consumo personal*"

(14) La sola incorporación de normas penales en los Códigos y en las leyes especiales, cuando no se dan las herramientas necesarias para hacerlos operativos, cuando la ley sólo tiene una finalidad de prevención general negativa y de educación, lleva inevitablemente, como dice HASSEMER a una "legislación simbólica". El Uruguay ha venido suscribiendo numerosos Tratados de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal y de drogas ilícitas en particular, pudiendo citarse entre otros, los que nos vinculan con Paraguay, de 1991, ratificado por Ley No. 16.435 de 20.4.93; con la República Federativa del Brasil de 1993 aprobado por ley No. 16.424; con Chile, de 1991 aprobado por Ley 16.422 de 30.9.93 y con Bolivia de 1991, ratificado por Ley.16.424.

23. Una aproximación realista al fenómeno supone, primero determinar cual es el umbral de tolerancia que se va a tener con este tipo de criminalidad, y segundo, cuales son los caminos concretos que deben transitarse para enfrentarla. En esta senda es muy probable que el derecho penal y procesal penal tradicional, de corte garantista, y pensado más bien en defensa del individuo aislado frente al poder absoluto del Estado, resulta insuficiente para el cumplimiento de sus fines¹⁵.

24. En el Uruguay, bien que inorgánicamente, y sin responder a un criterio unificador, se han establecido, en la actual década, una serie de disposiciones que apuntan a una nueva concepción, realista, del fenómeno criminal, y que tiene en cuenta las dificultades de prueba y de tipificación, en relación, especialmente, con el delito organizado.

25. Ley 16.707 de 12.7.95 denominada de Seguridad Ciudadana inaugura probablemente el ciclo que podríamos llamar de políticas de ley y orden en el Uruguay¹⁶ que incluye, en lo que interesa al tema que nos ocupa, algunas disposiciones que mencionamos a continuación.

26. Si bien no tenemos una ley de arrepentidos, y el tema es visto por no pocos con cierta prevención, sobre todo desde el punto de vista ético, y la significación que puede tener para un Estado democrático el alentar de alguna manera la delación, la ley No. 16.707 incorporó al texto de las atenuantes genéricas del Código Penal, un artículo que contempla la situación del "colaborador judicial"¹⁷.

(15) Un ejemplo de legislación extraordinaria para responder a este tipo de fenómenos lo constituye la Comprehensive Crime Control Act de 1984 y la Anti Drug Abuse Act de 1988 de los Estados Unidos, que incrementa el monto de las penas e impide todo tipo de proveimiento excarcelatorio. En igual sentido puede verse el estatuto "Para la Defensa de la Justicia" de 1991, establecido por Colombia, que consagra los famosos jueces "sin rostro", o la ley 162/90 art. 97, de Italia, que dispuso la impunidad del agente provocador. El uso de este tipo de agentes fue admitido, por motivos de conveniencia y de necesidad por el Tribunal Federal Constitucional alemán, movimiento que acompaña en este país la jurisprudencia práctica, que admitió la preservación de la identidad de los informantes policiales, y no consideró prueba ilícita los registros clandestinos, sin autorización legal, en determinadas circunstancias. Algunos proyectos (como el de Baviera), prevén la construcción de una falsa identidad para los agentes provocadores, su no identificación en el desarrollo del proceso criminal, el interrogatorio desde un lugar diferente al del juicio oral, o por medio de videos o reproducciones acústicas, lo que para no pocos es inadmisibles porque objetiviza a las personas, desestima su derecho a la identidad y desequilibra a las partes del proceso.

(16) Con anterioridad, sin embargo, pueden hallarse, ya en plena restauración democrática, leyes de corte represor, de todo tipo de criminalidad, como la ley 16.058 de 2.10.89, que modificó intensamente, y cambió de signo, la primera ley de prevención sin prisión No. 15.859 de 31.3.87. El sistema de la libertad provisional fue nuevamente modificado, en sentido restrictivo, por la mencionada Ley de Seguridad Ciudadana, y últimamente también por el nuevo Código del Proceso Penal que entrará en vigencia en julio de este año de 1998. La Ley de Seguridad Ciudadana, en cuanto al régimen de salidas transitorias de reclusos, se modificó nuevamente por Ley No. 16.928 de 3.4.98. Estas marchas y contramarchas ponen de manifiesto, de forma clara, la falta de una política criminal de Estado, las inseguridades y vacilaciones del legislador, y, en definitiva, desnudan el hecho de que no hay en el país "pax dogmática", en cuanto a la prevención y represión del delito, ni en lo que respecta al tratamiento de los delincuentes. La tarea legislativa no ha contribuido a dar coherencia al sistema, pero debe decirse también, que existen versiones muy diferentes del quchacer en el ámbito académico lo que se refleja por otra parte, en una jurisprudencia de variado signo, donde priman concepciones diferentes y aún encontradas, que suponen no sólo cuestiones legales de interpretación, sino posicionamientos también de corte ideológico. El contenido de esta ponencia, por ejemplo, es indudable que no debe contar con el asentimiento mayoritario de los juristas de mi país..

(17) Es el artículo 46 del C.P. después de modificado por el art. 2 de la Ley No. 16.707/95, quedó redactado así: "Circunstancias atenuantes. Atenúan el delito cuando no hubieran sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción las siguientes...12) Colaboración con las autoridades judiciales. El colaborar eficazmente con las autoridades judiciales en el esclarecimiento de un delito".

27. Si bien esta disposición es insuficiente a los efectos de la lucha contra la criminalidad organizada, porque no es creíble que nadie arriesgue su vida denunciando a su grupo criminal, ante la mera expectativa de que sus delitos puedan verse apenas atenuados, y la pena disminuida en consecuencia, no es menos cierto que constituye un primer paso hacia la incorporación plena del estatuto del "arrepentido", postulado por no pocos, y entre los que me cuento, como una herramienta indispensable de combate a las mafias de todo tipo.

28. Tal vez la modificación más trascendente venga de la nueva formulación del delito de asociación para delinquir, toda vez que, en nuestro concepto, innovando profundamente en la materia, por una vía indirecta, se vino a penalizar, en todos los casos el grado de conspiración¹⁸. En efecto, la antigua redacción del art. 150 del Código Penal establecía que para cometer asociación criminal se requería asociarse para "cometer delitos", mientras que ahora incurrir en esta figura legal "*los que se asociaren para cometer uno o más delitos*", por cuya vía, siendo inescindibles el hecho asociativo del conspirativo, ha quedado criminalizada toda conspiración criminal, bien que bajo el nomen iuris de asociación para delinquir¹⁹.

29. Se produce así una notable anticipación del momento consumativo, derivando la cuestión del efectivo enjuiciamiento y condena en un problema probatorio, donde lo esencial será, por supuesto, la acreditación indubitable del vínculo, asociación-concertación, para delinquir. Toda conspiración criminal queda atrapada por la ley. Bajo el rubro de asociación para delinquir todos los que "se concertan para la ejecución del delito" son punibles, por el solo hecho de asociarse. El hecho asociativo no se diferencia del conspirativo, Todo el que conspira se asocia para delinquir.

30. El nuevo Código del Proceso Penal, al regular el asunto de las pruebas corporales, estatuyó, por primera vez en nuestra legislación, una excepción a la presunción de inocencia, admitiendo la inversión de la carga de la prueba, en los casos en que el presunto delincuente no prestare su consentimiento a lo que son evidentes formas de autoincriminación²⁰.

31. Un tipo de disposición así podría tener importancia capital en la determinación de la condición de drogadicto del sujeto, sin haberse llegado no obstante, a la mucho más prospectiva

18 Según el artículo 7 del Código Penal, la conspiración (y también la proposición y el acto preparatorio) "*sólo son punibles en los casos en que la ley los pena especialmente*", lo que el legislador realiza con mucha parsimonia atendiendo a la trascendencia del bien jurídico objeto de la protección. Según esta disposición legal "*la conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución del delito*".

19 El artículo 150 del C.P. modificado por el art. 4 de la Ley No. 16.707 ha quedado redactado así: "*Asociación para delinquir. Los que se asociaren para cometer uno o más delitos serán castigados, por el simple hecho de la asociación, con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría*". La asociación no está exigiendo ningún tipo de organización criminal, constituyéndose simplemente por el "*simple hecho*" de la asociación de por lo menos dos personas, de forma y manera que vienen a ser prácticamente verbos sinónimos, resolviéndose toda asociación en una mera conspiración, castigada autónomamente por ese simple acontecer, sin referencia alguna al grado de realización del delito mayor que se tratare de cometer.

20 El artículo 147 del Código del Proceso Penal dispone: "*(Pruebas corporales). Podrá especialmente disponerse pruebas corporales del imputado, como extracción de sangre, semen, muestra de piel o cabellos, para comprobar circunstancias de importancia para el juicio, siempre que aquél preste su consentimiento. Dichas operaciones serán efectuadas por perito, de acuerdo con las reglas médicas. La negativa del imputado en tal sentido, dará lugar a una presunción simple, en contra de su interés, de lo cual deberá ser advertido por el tribunal en el acto de requerirse la conformidad para la realización de la prueba*".

prueba de extracción forzada de elementos tales como la orina, como sí ocurre en otras legislaciones²¹.

32. En el Proyecto de ley del Poder Ejecutivo sobre modificaciones a la ley de Estupefacientes y Psicotrópicos, actualmente a estudio del Parlamento uruguayo, se propone incorporar como circunstancia genérica de agravación el cometer el delito en estado de drogadicción, situación en que podría tener aplicación la disposición que comentamos que supone una evidente inversión del *onus probandi*²², en este caso para acreditar una agravante del delito.

33. En nuestra ley procesal se admiten como pruebas todos los medios no prohibidos expresamente que puedan utilizarse para la obtención de la verdad respecto de los hechos que integran el objeto del proceso²³. En cuanto al crucial tema de la interceptación de comunicaciones la ley admite que, mediante orden judicial fundada pueda interceptarse y aún secuestrarse la correspondencia y toda forma de comunicación, si existen motivos graves para creer que estas medidas pueden suministrar medios útiles para la comprobación de los delitos²⁴. A la luz de esta disposición entendemos que no es ilícita ninguna forma de vigilancia electrónica, si para su adopción se cumplen los requisitos de autorización judicial y resolución fundada que exige la ley.

34. Se han dado entonces, varios pasos en el camino de un derecho penal de tipo excepcional, no sólo en cuanto a la ratificación de instrumentos internacionales que los suponen (como la Convención de Viena en lo referente, por ejemplo, al sistema de la entrega vigilada²⁵), y que comprometen al Estado en el sentido de legislar tomando en cuenta esas directi-

(21) En Japón, por ejemplo, se castiga muy duramente el consumo de estupefacientes, para probar lo cual la policía, con autorización judicial, puede llevar al sospechoso a un hospital donde se le toma una muestra de orina por medio de sonda, si es que no colabora espontáneamente en la micción, *vide*: Mikiño TIKADA "El control de delitos de drogas y la cooperación internacional", *Work Paper* del Noveno Seminario Regional sobre Medidas Efectivas para Combatir Delitos de Drogas, San José, Costa Rica, julio de 1996

(22) Este Proyecto ya fue aprobado por el Senado, y será comentado *infra* con mayor intensidad. Actualmente está a estudio de Diputados, y, en lo referente al problema planteado establece un nuevo numeral, el 16, al artículo 48 del C. Penal sobre circunstancias de agravación, de forma que agravará, de ser aceptado, el delito. "(Influencia de estupefacientes o sustancias sicotrópicas). Haber cometido el delito bajo la influencia de cualquier estupefaciente o sustancias psicotrópicas de las previstas en las Listas contenidas en el Decreto-ley No. 14.294 de 31 de octubre de 1974 y sus modificativas".

(23) Artículos 130 y 134.1 del Código del Proceso Penal.

(24) Artículo 182 del Código del Proceso Penal.

(25) Al ratificar por Ley No. 16.579/94 la Convención de Viena el Estado Uruguayo asumió el compromiso de legislar teniendo en cuenta este Modelo. En la Convención (art.1. g) se define a la entrega vigilada como "la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, (precursores, químicos y otras) salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados...". El art. 11 por su parte establece: "1.- Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados... y de entablar acciones legales contra ellas". El No. 3 define la llamada entrega vigilada limpia del siguiente modo: "Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o

vas, sino también en la incorporación efectiva de medidas de este tipo en el derecho positivo del país. En concreto esto se manifiesta, conforme a lo expuesto más arriba, en cuatro órdenes de disposiciones fundamentales, a saber:

- a) el castigo de la mera conspiración, bajo el rubro de asociación para delinquir;
- b) el principio de prestar el propio cuerpo como elemento de autoincriminación en el tema de las pruebas corporales, y la correlativa inversión de la carga de la prueba en caso de una negativa a permitir el examen prospectivo,
- c) la admisión de toda prueba lícita incluyendo la interceptación de comunicaciones, y,
- d) en la introducción, como circunstancia de atenuación, de la figura del “colaborador eficaz”, un primer paso en la recepción plena del arrepentido en nuestro derecho positivo.

35. A esto debe agregarse, como vimos, lo que ya está dispuesto por la ley de estupefacientes vigente, de 1974, respecto a:

- 1) parificación del castigo de la tentativa con el delito consumado, y
- 2) castigo del acto preparatorio.

36. Otros mecanismos, sin embargo, no han sido admitidos, como la figura del agente encubierto, ni la del agente provocador, pudiendo notarse en cambio, ciertos adelantos, en lo referente a la consideración más amplia del elemento subjetivo del delito, por cuanto, si bien se persiguen en principio a título de dolo directo, el proyecto del Poder Ejecutivo sobre una nueva ley de estupefacientes prevé que la intención “*se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales*”, lo que permite, al menos, una lectura más amplia de los supuestos de dolo eventual²⁶.

37. No se adoptaron expresamente los términos de la Convención de Viena²⁷, ni los similares del Reglamento Modelo²⁸, pero de todos modos puede producir un cambio sustantivo en la consideración de este elemento al poner definitivamente en la cabeza del juez, el juicio de culpabilidad, flexibilizando una interpretación piedeletrista del art. 18 del C. Penal uruguayo, que autorizaba una lectura rígida del dolo de segundo grado, que exigía la prueba concreta y acabada de que el delincuente sí había previsto caso a caso el resultado²⁹.

habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan”.

(26) Artículo 61 que dice : “*El dolo, en cualquiera de los delitos previstos en esta ley, se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales. El juez interviniente deberá fundamentar la convicción moral que se ha formado al respecto, tanto en el auto de procesamiento como en el que no lo decrete, así como en la sentencia sea ésta o no condenatoria*”.

(27) Artículo 3.2 que dice : “*El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados...podrá inferirse de las circunstancias objetivas del caso*” .

(28) Artículo 2.5 : “*El conocimiento, la intención o finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos previstos en este artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso*”.

(29) El artículo 18 del Código Penal uruguayo dice en su inciso tercero que: “*El resultado que no se quiso, pero que se previó, se considera intencional...*” . En realidad la jurisprudencia práctica venía considerando desde hacía tiempo que la intención queda objetivada por las circunstancias objetivas del caso, es decir , que se “objetiva” la intención, por ejemplo en el homicidio, por el tipo de arma empleado, la zona del cuerpo afectada, el número de disparos o golpes efectuados, y consideraciones de análogo carácter.

38. Este Proyecto de ley, siguiendo las directrices emanadas del consenso internacional, crea varias figuras delictivas nuevas, a saber:

- 1 las referidas a la producción ilegal de precursores químicos u otros productos químicos, cuyas Tablas se agregan ³⁰
- 2 los delitos de lavado de activos, bienes, productos o instrumentos procedentes de cualquiera de los delitos tipificados por la ley ³¹
- 3 los delitos a cargo de las instituciones financieras ³², que generalmente se resolverán en formas de responsabilidad por lavado de activos .

39. Las normas de cooperación jurídica internacional, en lo referente a registros, levantamiento del secreto bancario ³³, embargos, secuestros y entrega de objetos quedan sometidas a las leyes procesales y sustantivas de la República, y pueden ser rechazadas, cuando se considere que afectan en forma grave el orden público, la seguridad u otros intereses esenciales del país, reservándose el Estado el derecho de repetir contra los Estados requirentes, en caso de eventuales indemnizaciones por perjuicios que pudieren sobrevenir de ese tipo de cooperación.

(30) El art. 30 de la ley de estupefacientes quedaría redactado así, en este punto : *"El que sin autorización legal produjere de cualquier manera...precursores químicos u otros productos químicos, contenidos en las Tablas I y 2 de esta ley, así como los que determine el Poder Ejecutivo..."*

(31) Estos delitos se tipifican, conforme a los modelos internacionales, en los arts. 54-57 de la ley, y comprenden la conversión o transferencia, la adquisición, posesión, utilización, tenencia, transacción de cualquier tipo, ocultación, supresión, alteración de indicios o impedimento de la determinación real de la naturaleza, la ubicación, el origen o el destino, el movimiento y la propiedad de esos productos, así como la asistencia, ayuda o asesoramiento a los criminales para asegurarles el beneficio o el resultado, la obstaculización de la acción de la justicia o la elusión del castigo.

(32) En este caso rige el artículo 71 del Proyecto, que establece expresamente que las entidades allí mencionadas *"deberán ajustarse a las reglamentaciones que dicten el Poder Ejecutivo o el Banco Central con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia u ocultación de bienes, productos o instrumentos procedentes de cualquiera de las actividades previstas como delitos por esta ley"*. No se creó un delito autónomo de incumplimiento de las reglamentaciones bancocentralistas, sino que se resolverán los casos, individualmente, según puedan tipificarse o no conductas de lavado de dinero. Serían a mi juicio formas de comisión impropia, en que la obligación de garante viene dada por la ley y por la condición del servicio profesional que prestan. Los dos puntos claves en la responsabilidad penal de los directores o administradores de los entes morales radican en dos obligaciones fundamentales: a) deber de conocer a sus clientes, y, b) deber de prevenir, conocer y denunciar eventualmente las operaciones sospechosas.

(33) En el Uruguay el sistema del secreto bancario se regula por el D.L No. 15.322 de 17.9.82 que, en su art. 25 establece el delito de violación del secreto bancario, a cargo de las instituciones financieras, como violación del deber de secreto, con pena de 3 meses de prisión a 3 años de penitenciaría. La norma de mandato se redactó como sigue: *"Las empresas...no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a personas física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la justicia penal o de la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud"*.

40. La inoponibilidad del secreto bancario prevista en la Convención de Viena³⁴, debe sin embargo tomar en consideración al orden interno de cada país, y a la preservación de su sistema financiero³⁵, por lo que es importante la regulación que se haga en el marco del derecho interno, especialmente en el área de las actividades delictivas a cargo de entidades financieras, que a mi juicio debería operar como delitos de mero incumplimiento de deberes, tal y como se proyecta en algunos instrumentos argentinos a consideración actualmente del Parlamento de la Nación.

41. Un derecho penal orientado a las consecuencias, no puede ser ajeno a los problemas específicos que plantea la delincuencia organizada, y, dentro de ella, los delitos de tráfico de estupefacientes, conexos y de lavado de dinero. Una respuesta diversificada, inteligente, realista, puede llevar a seguir opciones no demasiado conformes con los moldes del derecho penal clásico que trata de la delincuencia convencional. La resolución a este conflicto entre libertad y seguridad, entre derechos del individuo y de la sociedad, entre castigo e impunidad, debe ser la consecuencia de una postura meditada de alta política criminal que comprometa a los Estados, con conocimiento cabal de las opciones que tiene, y de los efectos que cada decisión pueda conllevar.

42. Un derecho penal excepcional, o uno tradicional que dé cabida a algunos institutos excepcionales, puede tener una alta fuerza expansiva y lo que se resuelve originariamente para un área específica, expandirse luego a otras situaciones similares, una vez que se toma conciencia de la elevada eficacia que puede legar a tener en cuanto a la prevención, control y represión de la criminalidad.

43. La inclusión en la discusión de la temática de los “otros delitos graves”, dentro de los cuales se incluyen los supuestos de corrupción, es un buen ejemplo de lo que afirmamos. Sin embargo también debe decirse que no vemos por qué los delincuentes han de poder disfrutar de los beneficios de sus actos criminales, por lo menos de los más graves, si el Estado está en condición de quitarles esos beneficios que al fin de cuentas es por lo que se afanan los delincuentes.

44. Es así que, como parte de este nuevo arsenal represivo, debería legislarse ampliamente sobre el delito de enriquecimiento injustificado, como forma de prevenir, ante todo los actos de corrupción, tan íntimamente vinculados al tráfico de drogas. Esta norma funcionaría, además, como coadyuvante de otras disposiciones en lo referente al combate contra el lavado de activos, porque la primer transferencia sospechosa será aquella que no pueda justificar su procedencia, o la que aparezca carente de toda justificación racional y lógica.

(34) Referido al decomiso el artículo 5 párrafo 3 de la Convención de Viena establece: “Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario”.

(35) Esto resulta del propio texto de Viena que, en su art. 7 párrafo 12, referido a la cooperación internacional edicta que: “Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno de la Parte requerida y, en la medida en que no se contravenga la legislación de dicha Parte y siempre que ello sea posible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud”. Esa asistencia jurídica puede ser denegada, conforme al No. 15.d) de este artículo “cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico de la Parte requerida en lo relativo a la asistencia judicial recíproca”. Sobre este punto puede verse OPERTTI, Didier: “El secreto bancario y actuación del Poder Judicial en el marco de los instrumentos de cooperación penal internacional”, en: “Secreto Bancario en el Uruguay”, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995:96.

45. La discusión sobre cual sería el bien jurídico protegido por este delito, supone admitir, como hacemos, la existencia de intereses colectivos, comunitarios, del resto del conglomerado social que se empobrece correlativamente al enriquecimiento del agente de la conducta.

46. Esta figura no tiene por qué limitarse al enriquecimiento procedente del tráfico ilícito de drogas, sino que, como vimos, puede extenderse a todo enriquecimiento proveniente de delito. La figura clásica del enriquecimiento "ilícito" a nuestro juicio debe ser sustituida simplemente por el del enriquecimiento "*injustificado*", lo que evita tener que probar el delito base (es decir el ilícito), y el nexo causal entre delito y enriquecimiento, bastando simplemente que no pueda dar cuenta, requerido al efecto, de la licitud del incremento patrimonial.

47. El supuesto de hecho, la conducta criminal es tener un enriquecimiento no justificado. No se presume cometido un delito que no se sabe cuál es, sino que se acredita realmente lo que resulta de la encuesta: que determinada persona exhibe un enriquecimiento desmedido, de justificación desconocida, por eso se le supone indebido aunque se parta de la base de que no se podrá determinar concretamente cuál es su real procedencia criminal, se autonomiza la figura, y se le otorga al sospechoso la posibilidad de probar efectivamente la procedencia lícita, mecanismo que sólo si lo miramos estáticamente, conmueve el principio de no culpabilidad.

48. Un modelo más acorde con nuestra visión del problema lo presenta el Proyecto de la República Argentina³⁶, donde se incluye en cuanto a la referencia subjetiva la expresión "*debiendo saber*", se castiga directamente la omisión de información de actividades sospechosas, las que se definen claramente³⁷, y se determina expresamente quienes tienen el deber de informar, es decir quienes son los sujetos obligados, lo que permitiría, de ser aprobado, un tratamiento frontal y eficaz respecto del lavado de activos.

49. La estructura de un típico delito de omisión queda así claramente establecido:

- a) el deber de actuar resulta de la propia ley, y
- b) dogmáticamente no hay duda de que la entidad de que se trate por su propia naturaleza, tiene una vinculación tal con el bien jurídico protegido, que aparece por ello como garante de la no producción del resultado.

50. En el Uruguay no hemos todavía superado la idea del *societas deliquere non potest*, de forma y manera que no se prevén responsabilidades por parte de los entes morales, resolviéndose todo en la de los directores, administradores o gestores, en definitiva de los que tengan el poder de decisión, para formar la voluntad de la persona jurídica, lo que indudablemente atomiza la responsabilidad, vuelve dificultosa la prueba, y requeriría un estableci-

(36) Ver Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación No. 2090 de 1997, impreso el 23.9.97.

(37) El art. 3 inc.4 establece que: "*constituyen actos o actividades sospechosas aquellas que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitadas o injustificadas, o que no sean habituales, o se aparten significativamente de los usos y costumbres, o que, por cualquier motivo, parezcan no tener justificación económica u objeto lícito*".

miento claro de quienes son los sujetos responsables de las decisiones tomadas por el ente moral, si es que se quiere ser eficaz en la materia.

51. De todo este excursus podríamos tomar como idea clave la de considerar que, con el derecho sustantivo y adjetivo actual, incluso con los avances hacia un mayor realismo apuntado en los últimos tiempos, no se puede perseguir eficazmente no sólo el tráfico ilícito de drogas, sino ningún delito grave, en definitiva cualquier forma de delincuencia no convencional, en especial si es organizada, incluido en primerísimo lugar el delito de lavado de dinero.

52. Un derecho penal y procesal penal de carácter excepcional, para responder a estos requerimientos impuestos por la macro criminalidad, puede significar una vulneración de viejos paradigmas del sistema penal tradicional, y debe por tanto hacerse una relectura de principios tales como el de inocencia (*nemo tenetur*), el derecho a no proporcionar prueba en contra de sí mismo, y a la no inversión del *onus probandi*, sin perjuicio de otras consideraciones no menores como las dificultades que presentan, para lograr la prueba contra una organización mafiosa, disposiciones tales como las normas sobre allanamiento de morada³⁸, sobre detención³⁹ y en general las del debido proceso legal, con un garantismo principista previsto para otra realidad.

53. Estos son los temas, insoslayables, que hacen al estado de derecho, al fortalecimiento de los derechos humanos de todos los ciudadanos ante el aparato del control social formal, y a los derechos de la sociedad global a vivir una vida digna de ser vivida, en paz, seguridad y orden, bajo el imperio de la ley.

CONCLUSIONES

1. El problema que plantean las drogas ilícitas a las comunidades no se solucionará sólo con leyes más modernas, sino que requiere un compromiso de la sociedad toda, en el área de salud, prevención y educación, lo que supone una tarea para el largo plazo.

2. Sin embargo, en el aquí y ahora, visto por un lado, la insuficiencia y disfunciones del derecho penal y procesal penal tradicional, y por otro, la sofisticación, y modernización de las organizaciones criminales, es necesario plantear un debate amplio y frontal sobre cómo vamos a enfrentar este desafío y qué costos estamos dispuestos a pagar según optemos por una u otra de las varias actitudes posibles.

(38) El artículo 11 de la Constitución uruguaya establece que: "El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día sólo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la Ley"

(39) Artículo 15 de la Constitución: "Nadie puede ser preso sino *infraganti delicto* o habiendo *semi-plena prueba de él*, por orden escrita de juez competente". Art. 16: "En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales".

3. Esto es una tarea de alta política criminal y en definitiva corresponde al sector político tomar las decisiones que vea pertinentes, con pleno conocimiento de causa y de sus responsabilidades de cara a la comunidad.

4. A nuestro juicio para responder adecuadamente a los desafíos que plantea la criminalidad organizada, creemos imprescindible, si se quiere tener un sistema legal y judicial eficaz, y no meramente simbólico, y que pueda cumplir las tareas que se le asignan, dotarlos de los mayores poderes posibles.

5. Esta dirección es la apuntada por la Comunidad internacional en múltiples ocasiones, y especialmente en la Convención de Viena de 1988 y en el Reglamento Modelo sobre el Lavado de Dinero de la CICAD de 1992, que prevén la creación de nuevas figuras delictivas, y un amplio espectro de medidas que tienen a la eficacia y a la obtención de resultados concretos en la lucha contra este tipo de criminalidad.

6. La comprensión y tolerancia que puede tenerse hacia drogadictos, o humildes productores rurales, que suelen ser los dos extremos vulnerables de la red, no puede ambientar la tolerancia para los grandes delincuentes, para sus organizaciones, ni para aquellos que, a veces desde la fachada honorable de una posición empresarial, se dedican a blanquear activos, incorporando el dinero sucio, al circuito de los negocios legales.

7. Un sistema de justicia que terminara por ser apto sólo para sancionar a los sectores más vulnerables de la delincuencia tradicional, y dejara impunes a los poderosos traficantes de drogas, en todas sus etapas, y a su cortejo de corrupción, violencia y muerte, terminaría por deslegitimarse, con gravísimas consecuencias sociales, en orden a la eficacia preventiva de la ley y a su propia función educativa y civilizadora.

8. Una prevención general positiva, garantista y fundamentadora, sólo puede asentarse en la clarificación de los valores éticos, en que se basa la vida comunitaria, que permita a los pueblos diferenciar claramente el bien del mal, y le permita apreciar que el crimen no paga, y que la ley es igual para todos.

9. Sin grandes discursos, sin afirmarlo expresamente, de todos modos la línea evolutiva de la legislación uruguaya ha estado abriendo camino, en los últimos tiempos, a normas de derecho penal y procesal penal, excepcionales, eficaces, claras, mejorando el arsenal represivo del Estado en la persecución de los delitos, y que tendrán una aplicación efectiva, así esperamos, en el combate contra el crimen organizado, con mejores perspectivas de éxito.

10. Es así que ahora tenemos legislado un delito de conspiración, aplicable a todos los casos de delito, incluso los de delincuencia común, una atenuante genérica constituida por actos de colaboración eficaz con la justicia y la primera norma sobre inversión de la carga de la prueba, por una presunción simple en contra del sospechoso que se niega a colaborar en un registro corporal.

11. La anticipación del castigo para momentos anteriores al comienzo de la ejecución, en materia de drogas se amplía al castigo de los actos preparatorios, y se complementa con la parificación de la tentativa, acabada o no, al delito consumado, en cuanto al monto de la sanción, prevaleciendo en este caso el disvalor de acción, frente al resultado material producido.

12. Otros instrumentos quedan obviamente aún por implementarse, empezando por la necesaria tipificación de las conductas propias del lavado de activo, como delitos, así como las figuras criminales a cargo de las entidades financieras, figuras sin las cuales en buena medida carece de sentido todo lo anterior, pero que, no dudamos serán sancionadas en el correr de los próximos meses por el legislador nacional.

